

# 資料

## ある離婚事件から

## 法律相談部

早稲田大學法學會に法律相談部が開設されて以來、生の事件を通して行ふ法學研究に對して、學生間の興味は次第に昂まりつつあるように見受けられる。ただ現在のところ、諸般の事情により、法律相談の對象を家庭事件のみに限つてゐるので、當相談部でのかような研究活動も、他の領域については直ちに望み得ない。しかし、受理した事件に關する限り、これと取つ組む部員の研究態度は殊の外積極的であり、その都度活潑な討論が見られることは、特記されてよからう。殊に、事案が法と意識のずれを生々しく示すとき、一方ではその意識を規定する社會的諸條件がかなり綿密に分析されるとともに、他方では立法政策上の問題が比較法的考察と併せて検討され、屢々同種事件についての學說・判例が激しく批判されている。そこで今回は、ある離婚事件の法律相談を通して行われた右のごとき研究討論の結果を、私なりにまとめて簡単に報告してみよう。

なお、昭和三二年五月より一二月まで（夏季休暇中を除く）の間に、當相談部が取り扱つた家庭事件数は、次のとおりであ

る。

總件數	三五件
内譯	
婚姻事件	一二件
親子事件	六件
扶養事件	五件
相續事件	九件
その他	三件
離婚事件	

來所者 二二歲位の男子學生

來所日 昭和三二年九月二七日

### 一 事案

來所者の叔父甲（現在四二歳）は、乙女（現在三四歳）と昭和十八年に見合い結婚し、その間に二人の女子（現在一四歳・一二歳）を設けている。甲男は現在、中流の商事會社で課長の

地位を占めるが（月収五萬圓餘）、小學校卒業後直ちに同社に入り、給仕から叩き上げてきた人だけに、物事の考方が現實的であり、また生活感覚は前近代的である。これに對して妻乙は、舊制高女卒業の學歷をもつだけでなく、比較的近代的な教養を身につけた知性的な人のものである（加えて相當な美人らしい）。かくして、甲乙間の性格上の相違は顯著であり、乙は事毎に、甲の言動に不滿を感じていたようである。

のみならず、婚姻前の縁談において既に、乙は甲の學歷の低さが氣になつた上に、見合いの際に乙が受けた印象が餘りにも悪かつたので、甲との縁談を一再ならず拒んだが、戦時下に兵役を逃れて殘留する若い男性の限られた事情に鑑み、婚期を逸することを怖れる父母のすずめ、に折れて、甲と婚姻するに至つたという事情がある。かような婚姻當初から乙の心中に潜む不満は、婚姻生活において性格上の相違が顕在化するにつれて、次第に深まつて行つた。それでも、戦時中の雰圍氣は勿論、戦後でも一般に夫の妻に對する權威はなお強い上に、甲の父母が同居していることは、乙を忍従せしめる方向に強く作用したし、また子の幼い間は育児に追われて、家庭生活の改善を深く考える時間的餘裕がなかつた。

しかし、二子が小學校に通い始めて、一方ではある程度の時間的餘裕が生じ、他方でに家の外との交渉が多くなると、時世に遅れまいとする乙は、求めて啓蒙書を讀み漁り、これが次第

に乙の意見表明を活潑ならしめ、それを受けつけない甲との意見對立が、その度合いを強めて行つた。しかも甲は、乙の意見を壓え切れなくなると、同居する父母の意見を聞くことを切札として持ち出し、ために乙は已むなく折れることを常とした。そこで、その希望を専ら子に託した乙は、家庭において二子の教育に打ち込むとともに、PTAの活動にも積極的に動き、更に自己の教養を深めるべく、詩の會・茶の會など文化的な催しにも參加して行つた。かくして、甲乙間の折合いは益々惡化し、夫婦間の營みさえもとかく遠のき勝ちとなり、遂に此處五年間は全く絶えている。

ところが約二年半前に、ふと、うけつ染の會で知り合つた獨身の會社社長丙男（現在三五歳・東大工科卒）から、乙の日頃考えている家庭生活の在り方を支持されたことに力づけられ、乙は舊態然たる夫との生活を改善することを決意し、甲に對して、小學校長たるその父と母を別居せしめること、および相互に意見を尊重し合つて夫婦生活を建て直すことを申入れた。しかし夫甲は、父母との別居を拒んだのみならず、夫唱婦隨の習慣に従えと怒鳴つた。乙は、かような夫の態度に失望して、このままではやがて乙が堪え切れなくなるであらうと告げたが、甲はこれを全く採り上げなかつた。

かかる情況の下で、乙の丙に對する尊敬と憧憬とは次第に思慕の念に變り、また丙の氣持も同情から愛情へと移つて行つた

らしい。そして、遂に半年の後（現在から二年前）、一夜乙は丙と外泊するに及び、翌朝歸宅して直ちに事實を夫に打明け、もはや婚姻生活を繼續しても意味なきことを述べ、したがつてまた離婚したき旨を表示し、しかも、丙との關係以前に離婚が決意されたこと、および丙との婚姻を目的として甲との離婚を決意したのではないことを強調した。その夕刻、甲の話を聞いた甲の父から、體一つで家を出ることを申渡された乙は、直ちに自己の簞笥・鏡臺などを取り纏め、彼女とともに暮すことを希望する二子を連れて家を出、爾後別居生活を繼續している（その後丙とは同棲していない）。しかし乙の生活費は、乙の父から相續した預金の運轉によつて支出され、二子の養育費には、乙が従來家庭費の中から子の將來に備えてきた預金が充當されている。

その後二年間、乙より甲に對して離婚の届出が再三申込まれているが、甲は彼の社會的面子を保持する必要上離婚の申込に應じ得ないこと、しかも乙を家に復歸せしめる意思もないことを回答している。

この事案において、來所者の求めている判斷は、もし乙から離婚請求の訴が提起されるとすれば、その請求が許容されるか否かにあつた。なお、來所者には、乙の氣持が甲から離れたことはもつとものであるとし、その非を専ら甲の生活態度に歸しつつ、しかも乙が姦通を犯した以上、その離婚請求は許さ

れないだらうとする意識があつたことを附記しておく。

## 二 判例の立場

わが民法は、裁判上の離婚につき謂わゆる相對的離婚原因を認め、「婚姻を繼續し難い重大な事由があるとき」離婚の訴が許される旨を規定している（民七七〇條第一項五號）。それは本來、婚姻生活が現實に破綻している限り、法はその繼續を強制し得ないものとする思想（目的主義または破綻主義）を基調とするが、離婚制度の運営上、この規定の全面的な適用を認むべきや否や、殊に夫婦の一方のみに過失ある場合に、その者からの離婚の訴を許すべきや否やについては、賛否兩論が大きく對立している。しかも、本件における相談の趣旨は、正しく右のごとき相對的離婚原因の限界問題についての判斷を求めている。したがつて以下、この點についての簡單な解説を試みるが、先づもつて判例の立場を概観してみよう。

この點につき判例は、一方的に過失ある配偶者からの離婚請求を許すべきでないとする態度（消極的破綻主義）を、基本的に確定しているように見受けられる。もつとも、それらの判例は凡て本件と逆に、夫の側から離婚を請求した事案であるが、そこに判示された右のような態度は、本件の場合にも基本的には通用すること故、その最初の判例を次に掲げておく。

〔昭和二七・二・一九最高裁（昭二四）オ一八七號 判決〕

これは、婚姻してから十年も経つて、夫が他の女を愛するに至り、遂に妻子を棄てて、その女性と同棲し、その間に子まで設けるに及び、離婚に應じない妻を相手方として、夫から離婚訴訟を提起した事案である。

「……婚姻関係を繼續し難いのは〔原告〕が妻たる〔被告〕を差し置いて他に情婦を有するからである。〔原告〕さえ情婦との関係を解消し、よき夫として〔被告〕のもとに歸り來るならば、何時でも夫婦関係は圓滿に繼續し得べき筈である。即ち〔原告〕の意思如何にかかることであつて、かくの如きは未だ以前記法條にいう『婚姻を繼續し難い重大な事由』に該當するものといふことは出來ない。〔原告〕は、〔原告〕の感情は既に〔原告〕の意思を以てしても、如何ともすることが出來ないものであるといふかも知れないけれども、それも所詮は〔原告〕の我儘である。結局〔原告〕が勝手に情婦を持ち、その爲め最早被告とは同棲出來ないから、これを追いつ出すということに歸着するのであつて、もしかかる請求が是認されるならば〔被告〕は全く俗にいう踏んだり蹴つたりである。……道徳を守り不徳義を許さないことが法の最重要な職分である。……前記民法の規定は相手方に有責任爲のあることを要件とするものでないことは認めるけれども、さりとて前記の様な不徳義、得手勝手を許すものではない……」

右の判決は、一面では原告の主張事實につき、未だ客觀的な

破綻が生じていないものとするかのごとく見えるが、他面では夫婦関係を回復し得べきものとする見込につき、道徳的立場からする期待可能性を援用している。すなわち、現實における當事者の心理そのものを直接問題とせず、自己の過失によつて婚姻の破綻を招いた者は、婚姻を繼續し難い感情に耐え得べきものと評價され、また現在の離婚意思も當然に、婚姻繼續へと翻意すべきものとされる（それは獨逸法における期待可能性の理論に通ずるものといえる）。しかし現實の問題としては、恐らく裁判所自身も、判決文に述べているほど割り切つて考えているとは思われない。したがつて、その離婚請求を棄却した實質的な理由は、主として道徳的立場から、背徳行爲により招來された事態に基く背徳者自身の主張には、法の保護を與うべきでないものとする考方（英法に謂うクリーン・ハンドの原理に通ずる考方）に求むべきであらう。のみならず、その後の判例は、事實上婚姻の繼續が困難であるとしても、それが原告たる夫の過失に基因する限り、その離婚請求が許されない旨を明示している（昭和二九・二・一五六最高裁）。

これらの事案と逆の、自己のみ過失ある妻からの離婚請求については、直接これを取り扱つた判例は未だ出ないが、下級裁判例には次のごときものが見られる。

〔昭和二九・八・一三東京地裁（昭和二九（タ）一九號）判決〕

これは、戦時中に婚姻した夫が、終戦當時滿洲に在つてソ連

に抑留されたまま、昭和二年に歸國した妻が、夫の父母と同居していたが、夫の母との折合いが悪いため、長女を連れて實家に戻り生活している中、昭和六年に他男と同棲するに至り、その間に一子を設けるに及んで、未歸還の夫を相手方として妻が離婚の訴を提起した事実である。

「……時期は不明であつても、やがて歸還することか直轄である限り、やがて現實の結合關係の回復することが確實であるから、夫婦の實質が失われて居ると云うことは出来ない……故に、妻たる原告は夫たる被告の歸還を誠實に待つべき義務がある……」

右の判決は、最高裁判所の判決のように、道德論を前面に押し出すことをしないで、夫婦間の結合回復を確實なものと斷じて、未だ婚姻を繼續し難い状況に至つていないものとして、右が、かかる判斷そのものは餘りにも常識に反しているので、右の判決の眞意もまた、恐らく最高裁判所の判決と同じところにあるものと推測される。とすれば、右の判決は、假にこの事件が上告審まで進められるとしても、結論的には最高裁判所によつて支持される可能性が大きい。

かくして、本件の事案でもまた、妻からの離婚請求が棄却される可能性は大きい。しかし本件事案では、近代的な夫婦生活の在り方に目覺めた妻が、日本的なそれを固持せんとする夫との婚姻に失望して、その支配から脱せんとする企圖を明瞭に含

んでおり、前記判例において、妻を逐出し離婚から救済せんとする政策的考慮が強調されているだけに、妻の家的な桎梏からの解放を目指す新法の立場への考慮が、本件における離婚否認への希望を僅かなから抱かしめる。

## 二 討論

叙上のことと判例の態度に對しては、全體的に破綻主義を貫かんとする見解（積極的破綻主義）の側から、最も根本的な問題として、次のごとく非難が加えられる。すなわち、當事者の自由意思に基いて婚姻が成立するだけでなく、それが強制される結合として維持されるところに、人間性を尊重する近代的な婚姻の在り方が求められる限り、婚姻繼續の意思を喪失した當事者に對して、婚姻生活の繼續を強制せんとする判例の態度は、却つて婚姻の近代的道德性に反する結果となる。また、國家の利益という點から觀ても、實質的に破綻した婚姻を法形式的にのみ維持することは無意味であり、却つて健全な機能を營むべき再婚への途を拓くことにこそ、國家はその利益を有するものである（例えは大川正人「破綻主義と有責配偶者」の「離婚請求」部分、法學五號、一〇〇頁参照）と。

たしかに、婚姻の心理的事實たる側面に關する限り、右の主張は純理的に正しい。しかし、現實の制度面については、全面的に破綻主義を貫くときは、裁判上の離婚そのものの存在理由を説明し得ないであらう。けだし、裁判上の離婚制度を單なる

婚姻破綻の確認手續とのみ觀することは、現在の機構上からは困難であるのみならず、離婚事件の訴訟性自體さへ問題となろう。法が離婚原因に關して何等かの規定を設け、その該當性の決定を裁判によらしめた趣旨は、當事者一方の恣意による離婚の強要から、相手方を保護せんとするに在る。とすれば、少くともここには、最も自由な破綻主義の限界が見られる。

しかし、離婚請求者の恣意性は、直ちにその有責性と結びつくものとは限らない。この點につき兩者を區別しない學者は屢屢、西歐諸國の立法中で進歩的なものとされる獨瑞法でさえ、有責主義を加味した破綻主義にまでしか至っていない事實を（比較法の考察については谷口知平「愛情消失・長期」同様廢止と離婚」民商法雜誌二八卷二八五頁以下參照）引合ひに出しつつ、有責配偶者からの離婚請求を認めないことが最も自由な破綻主義にも本質的に内在する限界なりと説明する。しかし、西歐社會における離婚法制への宗教的制約は、右の現狀を理解する上に重要なことであり、これをもつて直ちに、破綻主義そのものの本質的限界を示すものと見ることはできない。のみならず、わが民法の離婚原因が破綻主義にその基調を置くものと理解する限り、離婚請求がその過失の故に拒まるべきものとすることは、婚姻をして制裁の手段に墮せしむる結果とならう。

けだし、自己のみ過失ある配偶者の離婚請求につき、獨瑞法のごとくこれを禁止または制限する旨の規定（瑞民一四二條二項、獨民一四二條二項、九四六年婚姻法四八條二項參照）をもたないわが民法の解釋としては、婚姻の破綻を理由

とする離婚請求を、過失の故に拒まんとする場合には、寧ろ相對的離婚原因の外にその法的根據を求め、かかる者にも形式的には離婚請求權が一應發生しながら、一般原則により法の保護を拒まれるものとした方が（民一條二・三項、一條ノ二參照）寧ろ論理的に自然であらう。しかし、そこでは本來、過失を取扱う基準が、破綻主義の下におけるそれとは異なる筈であり、離婚制度の運営上、それは決して望ましいものとはいえない。すなわち、婚姻上の過失が離婚原因との關連において問題とされる場合には、それは外形的にのみ取扱われることなく、過失に至る過程とともに、したがつて心理的要因を考慮しつつ、評價されねばならないからである。

ところで、既に婚姻が客觀的な破綻を生じている限り、法が如何ほど婚姻の維持を強調するとも、それは、現實の結合回復を導く上に無力である。しかし、近代的な婚姻もなお社會制度として、當事者を法的責任に拘束することを得る筈であり、殊に離婚の自由が多くの妻をして生活困窮に陥らしめる自由として現象する實情の下では、妻に扶養請求權や繼續權を確保せしめる實益は大きい（ただし後者は、一般に貧困なわが國では通常さしたる意義をもたない）。けだし、民法は離婚婦の保護を眼目として、財産分與の制度を設けているが、それは婚姻中の協力價値の清算配分たることに基礎觀念を置き、離婚後の扶養義務そのものを認めてはいないので、一般に資産蓄積の僅少な

わが國の實情では、妻に對する離婚後の生活保護に缺けることを通常とした。そこに、現實に破綻した婚姻を法形式的に維持することの實益がある。

しかしながら、現實に破綻した婚姻を法的に維持せしめる理由づけとして、右のごとき實益の存在を直接援用することは、破綻主義の原則そのものを不當に制約する危険を含むのみならず、本來かかる考方自體が倒錯的である。すなわち、妻への扶養を維持せしめんとする要求は、廣く離婚一般について見られるところであり、したがつて、離婚請求者たる夫のみに過失ある場合につき、婚姻による扶養義務の維持を主張する前に、離婚後の扶養義務を認むべき立法を要求すべきであらう。

そこで、右のごとき實益を、離婚請求者の過失に對する國民感情との關連において考察してみよう。この點については一般に、たとえ有名無實の婚姻であらうとも、相手方の意思に反してその地位を奪うべきでないとする國民感情が見られ、しかも一般的に右の感情を強からしめているのは、離婚請求者が夫である場合についてであり、それが妻である場合には、妻の過失への制裁手段が他にある限り、夫たる地位そのものを維持せしめんとする感情は、通常さまで強くは見られない事實である。それは恐らく、從來から逐出し離婚の横行を見てきた大多數の妻が、今なおその關心を妻たる地位自體の安定に集中している段階において、妻の人格を輕視する從來の觀念への反駁が、夫

の不行跡への反感を通して大きく顕在化したものと見る事が許されまいか。上掲の判例も、その道德論を展開するにあつて、逐出し離婚への配慮を強調している。

とすれば、自己のみ過失ある配偶者からの離婚請求は、婚姻が客觀的に破綻している限り、それが一方的な恣意離婚、殊に逐出し離婚に該当する場合にのみ、これが棄却されることとなるが、一般に自己のみ過失ある配偶者の離婚請求は、その恣意性を推定されるもの、したがつて過失そのものが直接その離婚請求の棄却を決定づけるものでないと解することが許されまいか。

右のごとく解すれば、本件の事案においても、妻は自己のみ過失あるにかかわらず、その離婚請求を容認さるべき可能性が大い。しかし判例の態度は今日までのところ、離婚請求者の過失を外形的に重視するように見受けられ、したがつて本件の事案についても、從來の態度が維持される限りは、妻の離婚請求は、却けられる見込みが多い。

#### 四 事案の意味するもの

婚姻、なかんすく近代的な婚姻は、制度的事實であるとともに、勝れて心理的事實である。しかるに從來、絶對的離婚原因を規定した舊法の下で、個別的な離婚事由を外形的に取扱うことに馴れた法律家の感覺は、新法が相對的離婚原因を規定する

今日でも、離婚事由たる婚姻の破綻について、とかくその心理的要因を輕視し勝ちであり、殊に婚姻上の過失ある場合には、それを惹起するに至つた過程への顧慮を忘れて、直ちにこれに歸責せしめんとする傾向が見られる。本件は、右のごとき從來からの態度を反省せしめる上に、恰好な事案を呈示する。以下で右の觀點から、これを検討してみよう。

本件の事案においては、はや婚姻の當初から、その破綻を生き得べき素地が多く見られる。すなわち、既に見合結婚そのものが愛情による結合でない上に、妻は夫との縁談についてさえ不満を抱きつつ、當時の事情や雰圍氣に壓されて婚姻に至つており、しかも夫婦間の性格の相違は、事毎に相互の不満を累積している。ただ、諸々の條件が夫の權威を支え、妻の不満を忍従へと導く方向に作用した間は、夫婦の緊張關係がさまで顕在化しなかつたに過ぎない。しかし、戦後次第に高まる近代的な思潮が、折しも家事に時間的餘裕を生じた妻をして自我に目覺めしめ、その人格的主張が活潑化するに至ると、日本的な婚姻生活の在り方を固持せんとする夫との間に、緊張關係が顕在化したことは自然であつた。しかも、その緊張關係が、前述の年齢において三年間も夫婦の營みを見ないまでに深刻なものであるとすれば、謂わゆる渴き切つた妻が潤いを求めて姦通へと走つたことを、單なる浮氣としてのみ斷じ去ることはできないであらう。

もとより、この場合においても、姦通自體が反道德的なものとして、非難さるべきことには變りはない。しかし、婚姻破綻との關係でそれが問題とされる場合には、その過失を惹起するに至つた過程における他の諸要因との比較衡量により評價さるべきであらう。本件事案では、姦通當時既に、それが人間心理の上で突發的なものといえない程までに、夫婦間の心理的疎隔は相當強度な段階に達しており、その意味で姦通は、かかる疎隔の結果的現われに他ならない。しかも、夫婦間の心理的疎隔が右の段階に達するまでに、妻は再三夫婦生活の建て直しを申入れており、それが新法の支持すべき夫婦生活の在り方への主張である限り、夫本位の在り方を固執する上に父母の存在まで敢えて利用した夫の態度は、少くとも妻の過失に對してその誘因を形成したものとして評價され、その意味で夫もまた有責任を免れ得ず、更にそれを獨立の過失と觀れば、精神的虐待または人格的侮辱として構成することも可能であらう。かくして本件事案は、妻の過失につき夫もともに有責の、または双方に過失ある離婚事件としての性質をもつものといえる。

もつとも、右において夫の有責任を強調したのは、判例が離婚請求者自身の過失につき、その有責任を重視する態度に對應するためであり、相對的離婚原因の限界を離婚請求者の恣意性に止める上記の考方からすれば、本件事案における妻の離婚請求が、恣意的でないことを示せば足りる。けだし、そこでの婚



姻破綻の最も根本的な要因は、飽くまでも夫婦間の性格の相違であつて、夫または妻の過失でないことは、既述したところから明らかであらう。

なお、夫婦平等の觀念を強調する新法の下でも、現實の婚姻生活の上には、今なお夫本位の觀念が一般に強い。しかし他面では、民主主義の風潮に伴い、次第に妻が自己の人格に目覚めつつあり、本件もまた、さような妻の離婚事件であつた。かような過渡期に在つて、判例が、自己のみ過失ある配偶者の離婚請求につき、直接その有責任からこれを棄却した態度は、一面で弱者たる妻の地位を保護する役割を果たしつつも、他面では人格に目覚めた妻を、その逃れんとした夫に拘束する結果をも生ずる。姦通が必しも婚姻破綻の要因とは限らず、屢々前者が後者の結果であることを考えると、かかる妻を夫の支配から解放する上にも、婚姻上の過失を外形的に取扱う態度は絶対に避けるべきであらう。人形の家(イブセン)からノラが去つたとき、これに感激をもつて共鳴した人々の意識は、家出後ノラが獲得するかも知れぬ戀愛に身も心も捧げるとき、離婚形式を仮如する故のみをもつて、單なる姦通者と同じく實體なき法的婚姻に拘束される責任を求めはしないであらう。

(佐々木宏)

### 早稻田大學法學會法律相談部運営要領

- 一 當法律相談部は、臨床的な法學研究の立場から、學生に生の事件について實地に指導することをその目的とする。
- 二 當法律相談部は、家庭事件のみを取り扱う。家庭事件とは、夫婦・親子・扶養・相続など、廣く家庭生活に關する事件をいう。
- 三 當法律相談部は、外國教授、高野教授および佐々木講師が指導にあたる。
- 四 部員は、早稻田大學法學部および大學院法學研究科の學生の中から募集する。部員は、入會金として二百圓(バツヂ代を以て)を納入しなければならない(會費は不要)。
- 五 部員は、法律相談にあたり來所者の住所氏名を尋ねてはならず、法律相談の際に知り得た事項について、祕密を嚴守する義務を負う。
- 六 當大學教職員・學生・校友ならびにその關係者(廣くその知己を含む)は、無料で當部の法律相談を申込むことができる。
- 七 當法律相談部は、毎年五月より十二月までの期間中(夏季休暇中を除く)、別に定める日程にしたがい、當大學二號館部室において、法律相談を受ける。